15

P E R

D. Giuseppe Monaco

C O N

D. Teresa Moja

COMMESSARIO

Il Regio Consigliere Signor D. Raffaele Giovannelli

BIBLIOTECA NAZIONALE DI NAPOLI

14

16

IL pubblico Negoziante D. Giuseppe Monaco è compratore di una Masseria con orto, e casamento nel delizioso Sobborgo dell' Arenella appartenenti già alli Fratelli D. Giuseppe, e D. Niccola Guida. Fecene di porzione acquisto da' nominati Fratelli nel finire del 1793. comprò il rimanente sotto l' asta fiscale nel Settembre del 1797. Fu il prezzo di quella delegato a diversi Creditori nell' istromento di compra descritti; l' intero valor di questa esiste ancora depositato, e v' ha pugna di preferenza fra' Creditori.

D. Teresa Moja è Moglie dell' un de' venditori D. Niccola; intervenne alla vendita convenzionale per iscioglière il fondo d' ogn' ipoteca, che vi potesser vantare le di lei doti, ed antefato, accompagnando quest' atto l' unico suo figliuol maschio D. Michelangiolo maggiore per età, e libero per emancipazione preventiva dal Paterno potere: intervenne in seguito al giudizio di concorso sul prezzo provvenuto dalla vendita giudiziale, domandando l' ammessione, e soddisfazione delli di lei crediti.

Mentre però ferve il giudizio del concorso: mentre non v' ha che la sola relazione: mentre in fine s' ignora s' ella sia, o no per esser soddisfatta, ha nel Gennajo di quest' anno dedotto in S. C. un giudizio, che ha chiamato di *assistenza*, *assicurazione*, *e restituzione di doti* contro del Compratore Monaco, per di cui colpa, ha esposto, che va a rimanere indotata.

Si è impartito, e compilato all' uopo un termine ordinario, e si fa folla per ottenere dal S. C. la convenevol Sentenza. Ecco la necessità della presente memoria in difesa del Compratore, nella quale saran dimostrate due certissime tesi; la prima, che non sia tempo da trattar di questa causa, pendendo ancora il giudizio di concor-

so sul danaro depositato: la seconda, che quando ancor ne fosse tempo, nessun' azione ha D. Teresa contra D. Giuseppe Monaco per ragion sì del primo, che del secondo acquisto.

Abbiasi una breve storia del fatto. Nel Marzo 1764. passò agli eterni riposi D. Antonio Rascio Padrone di que' fondi, la cui vendita dà motivo all' attual litigio. Aperto allora il di lui testamento, fu veduto ch' erano li due Fratelli Guida scritti Eredi, detratta la metà consuetudinaria a favor de' prossimi congiunti. La nominata masseria, un orto, e casa nell' Arenella furon soggetto della divisione come beni fondi nel distretto Napoletano. Niente va senza una lite; la più furiosa per cosa tanto chiara fu mossa in S. C. Lunghi contrasti, dispendj vicendevoli; finchè una Sentenza addisse la metà de' fondi agli eredi legittimi, e loro accordò la rifazion de' frutti dal dì della morte del Testatore. Nuova contesa per la liquidazione, novelli esami, e nuove spese oltre numero. Un compromesso, un laudo, le nullità, altro termine, altra sentenza, calcoli, e revisioni fissaron la condanna de' frutti in ducati 3517. 52. In seguito un sequestro de' stessi beni ereditarj, l'apprezzo, e gli ordini per la vendita *fol.* 295. *ad* 331, *act. comprom.*

L'infelice esito di tante lite, e di piucchè tanto dispendio raffreddò ne' Fratelli Guida il desiderio di contendere. Passato un colpo d'occhio dal caldo del foro al domestico interesse, vider chiaro, non restar loro per evitare anche il danno di una giudiziaria vendita, che prevenirla, potendo, con altra convenzionale: Cercaron per tal objetto un Compratore: D. Giuseppe Monaco non dubitò applicarvi: ecco l' origine di quell' alienazione, donde prende D. Teresa motivo a contendere.

Le circostanze dell' affare erano, che si avean da pagare agli Eredi legittimi li ducati 3517. 52. giudicati dal S. C. che bisognava estinguere le ipoteche di diversi Creditori sul fondo da vendersi; che dovea lo stesso fondo esser liberato da qualsisia benchè rimota, ed equi-

equivoca azione di pegno a pro di D. Teresa Moja a causa delle di lei doti. Per supplire a questi tre objetti conveniva vendere gran quantità del Territorio, e forse ancora il contiguo casamento: ciò non intendevan per allora li Venditori. Sistema dunque del contratto fu, che si vendesse soltanto una porzione di terreno, e piccole fabbriche; che si soddisfacesse il giudicato; che si pagassero li Creditori più urgenti, quelli propriamente che avesser dato danaro a mutuo; che si svincolasse la roba, che si vendeva, dall'ipoteca dotale per consenso della suddetta D. Teresa, e dell'unico di lei Figliuol maschio; che assumesse in fine il Compratore la facoltà di affrancare le annualità de' Creditori a contratti censuali. Così fu tutto combinato, ed il giorno 3. Febbrajo 1793. prima con pubblico atto emancipò il detto D. Niccola l'unico suo Figliuol maschio dalla Paterna potestà *fol.* 73. *Atti per D. Teresa Moja*, e quindi si venne a stipulare quell'istrumento, che ora cade in disamina.

Intervennero in esso li due Fratelli Guida; intervenne ancora, colla presenza, e consenso espresso di D. Niccola, D. Teresa Moja di lui moglie, e l'unico di lor Figliuol maschio D. Michelangiolo. Le dette cose, ed altre non al caso asserite, si fece vendita a D. Giuseppe Monaco di moggi otto, quarte quattro, none sei, quinte due, e tre sedicesimi del territorio sito all'Arenella, e di moggi quattro, quarte cinque, none otto, e cinque ottavi di orto contiguo con porzione del casamento antico da separarsi per muro, che si dovea fare dal compratore; li primi a ragion di ottocento, gli altri a ragion di ducati novecento il moggio, risultante l'intero prezzo a ducati 10908. 45.

Si detrassero da tal somma ducati 1575. cioè ducati 300. per estima data a taluni piccoli canoni su li fondi stessi: altri ducati 500. per capitale di annui ducati venti peso di messe ordinato da D. Anna Astone, e ducati 750. capitale di annui ducati 30. metà di ducati 60. per una Cappellania da D. Antonio Rascio disposta: pesì

conosciuti nel lungo piato, e varie sentenze profferite dal S. C. sul partaggio dell'indicata Eredità.

Restato il prezzo depurato da tali pesi in ducati 9333. 45. gli si diede le seguente legge. Per ducati 3442. 52. si convenne doversi depositare nel S. C. in estinzione del credito degli eredi legittimi di Rascio per togliersi così quel sequestro, al quale a loro istanza erano que' fondi sommessi: per i restanti ducati 5892. 93. si rimasero condizionati presso del Notajo stipulatore del contratto, affine di soddisfarne diversi Creditori, cominciandosi però da' mutui, come minaccianti necessità di pronto pagamento.

Supposero in tal rincontro li venditori essere i loro debiti li seguenti. Eredi di D. Lisabetta Varano con diversi contratti ducati 7275. Parrocchial Chiesa dell' Arenella ducati 331. D. Vincenzo Pinto ducati 100. D. Niccola Sarno ducati 1000. D. Giuseppe Falcone ducati 500. D. Niccola Pinto ducati 527. Lo stesso D. Vincenzo Pinto altri ducati 750. Niccola Coppola ducati 800. Domenico Broves ducati 400. Monastero di S. Tomaso d' Aquino ducati 400. e Vedova Martinelli ducati 200.

Siccome l' intera somma rimasa dal detto prezzo non era sufficiente ad estinguere tutti tali debiti, fu nettamente convenuto, che dove questi, e non altri fossero i Creditori de' Venditori, dove a cagione di quella vendita coloro, che non venisser soddisfatti, istituisser giudizio di rescissione de' lor contratti a sol motivo della dimezzata ipoteca, e dove in fine per quest' oggetto soltanto nell' impresa loro riuscissero, dovesse il Compratore Monaco affrancare le annualità de' vincitori nella lite di rescissione, acquistar le loro ragioni, e rappresentarle con privilegio su li restanti beni de' Fratelli Guida. Molte cautele a tal uopo furono introdotte, che per non essere dell'attual bisogno trascuro.

Fu da' Venditori promessa ampia evizione in qualunque rincontro non vacillasse solo, ma venisse ad esser minac-

nacciata la cautela del contratto; ed al contratto, ed al patto dell' evizione furono con ispecial pegno obbligati, e sommessi li reſtanti non pochi lor beni, che nella scritta si notarono.

E per ultimo il seguente patto fu aggiunto degno da essere colle ſtesse parole marcato: *Finalmente li Signori D. Maria Teresa Moja, e D. Michelangiolo Guida madre, e figlio hanno espressamente promesso, e si sono obbligati, siccome espressamente promettono, e si obbligano non dar mai veruna moleſtia al predetto D. Giuseppe Monaco compratore, o a' di lui Eredi, e Successori per causa della presente vendita, ed alienazione della masseria, orto, e casa per qualsisia preteſto, e ragione, e nè anche per causa delle doti di essa D. Maria Teresa; anzi quel dritto, ch' essi avrebbero su gli effetti venduti ad esso D. Giuseppe Monaco, e su quelli rimasti ad essi Venditori Fratelli Guida per il ricupero delle doti di essa D. Maria Teresa Moja, lo hanno espressamente ceduto, rinunciato, e donato, come lo cedono, danno, e rinunciano ad esso D. Giuseppe Monaco, nommeno per la sicurezza del presente contratto di compra della masseria, orto, e casa, ma altresì per quelli che celebrerà, qualora però occorra, di vendita di annua entrade per la ricompra di que' Capitali, che forse sarà d'uopo ricomprare, qualora con Sentenza di Giudice si faccia la rescissione de' contratti da que' Creditori, che di sopra si sono enunciati per causa della presente vendita, o sia per lo preteſto di essersi colla presente vendita minorata la di loro ipoteca: ed a tal oggetto essi D. Maria Teresa, e D. Michelangiolo Madre, e Figlio hanno espressamente obbligato se ſtessi, loro Eredi, Successori e beni tutti presenti, e futuri coll' espressa clausola del coſtituto precario, e giuramento in forma fol. 64. Atti per D. Giuseppe Monaco.*

Fatto il deposito in S. C. dell' intero credito dagli Eredi legittimi vantato, fu subito ottenuto il dissequeſtro, e per l'acquiſtata rata ne andò in possesso il Compra-

tore. Il rimanente danaro destinato alla soddisfazione de' Creditori fu veramente fra essi distribuito, secondo la indicazione data da' Venditori, cominciandosi da' mutuanti; fecer tutti le dovute cessioni di ragioni, e quietanze nel rapportato strumento convenute.

Nel corso però del successivo anno 1794. si avvide il Compratore non essere i soli a lui designati li Creditori de' Fratelli Guida; al contrario altri diversi minacciare la rescission de' contratti. Fu allora, ch'egli ebbe la prima volta a pentirsi della troppa sua buona fede, ed a risolversi a non lasciare senza compenso il danno, che lo attendeva: Quindi a mezzo Dicembre 1794. stimò necessaria cosa sporre al S. C. la fatta compra, li patti in quella aggiunti, la conoscenza sopravvenuta di novelli Creditori, la fallacia in fine de' non sinceri Venditori, ed istituire formale giudizio perchè si obbligasser costoro ad estinguer le ipoteche, che offender poteano l' acquisto da lui fatto *fol.* 1. *Atti per D. Giuseppe Monaco.*

Li Fratelli Guida più coraggiosi, che fedeli si dichiararon pronti ad estinguere ogn'ipoteca afficiente il fondo venduto, nè cercarono, che piccol tempo ad ottenerlo. Sicchè nel 27. Febbrajo con decreto di consenso ottenner lo spazio di due mesi a soddisfare i Creditori, e nel 27. Maggio altri 20. giorni. Ma facil cosa era promettere, difficile, e non pensata l'adempire. Era il 15. Settembre, e premurando Monaco per il sequestro de' beni, venne il S. C. ad accordare a' Debitori un novello respiro di due mesi a soddisfare i Creditori, comminando il sequestro, scorso che fosse questo tempo. Passò questo ed altro, e niente fu fatto; convenne venirsi al sequestro, che fu per allora ordinato sopra una casa a S. M. a Cancello: si eseguì veramente il 10. Dicembre 1796. e ne fu poscia proceduto all'apprezzo dal Tavolario de Tommaso *fol.* 132. *ad* 174. *Atti suddetti.*

Vana fu ancor la speranza della vendita della casa: con maggior forza intanto premeano li Creditori la soddisfazione de' loro averi. Il S. C. nel 4. Marzo 1797. cre-

credè prender lo spediente di sequeſtrare i reſtanti beni nell'Arenella, indi ordinarne la vendita per la concorrente quantità *fol.* 237. Il Tavolario Lanzetta scelto per l'apprezzo diede fuori la sua relazione, valutando e la casa, e l'orto rimaſto per ducati 7200. da' quali tolto il capital della decima ne depurò il prezzo in ducati 6638. Diede ancor saggio della quantità de' Creditori, e fece conoscere, che dopo la soddisfazione di coloro, che aveano guſtato del danaro della prima vendita, ve n'eran rimaſti ducati 6775. a soddisfare *fol.* 202. Sen dolsero li Debitori. Il Primario, cui si commise la revisione, avversandosi alla detrazione della decima, portò il prezzo a ducati 7400. *fol.* 265.

Sopraggiunta offerta giuſta l'apprezzo, si fece in S. C. D. Teresa a dedurre le sue ragioni per le doti coſtituite, e per l'antefato non ancor lucrato sul prezzo de' fondi suddetti che andavano a vendersi, o su la loro aggiudicazione *fol.* 286. Con queſto primo passo non contraddiceva le subaſtazioni, che andavano a cominciarsi: altro però ne diede per impedirle. D. Giuseppe Guida, allora che seguì la detta vendita convenzionale, avea con pubblico ſtrumento convenuto dover rimanere a di lei pro un moggio di orto murato, le avea promesso ancora annui ducati 60. e l'abitazione in un quartino nella comune Casa all' Arenella, prendendo in compenso la Casa a S. M. a Cancello, una simile abitazione nella casa comune, ed il dritto di esigere le intere rendite di quella *fol.* 306. Per effetto di simile convenzione pretese Ella far sospendere le subaſtazioni. Ma queſta seconda pretenzione non fu menata buona dal Commessario: si andò oltre, le licitazioni furon compite, e ne ascese il prezzo a ducati 7410. *fol.* 313. *et* 314.

D. Ginseppe Monaco nominato dall' oblatore fece il deposito, e nel 13. Settembre 1797. fu ordinato darsegli 'l possesso *fol.* 318. *ad* 321. I Creditori con maggior impeto si fecero allora a domandare il pagamento: esibì ciascuno le sue scritture, domandarono tutti liberazione. Di parte della sud-

detta D. Teresa si presentò istanza, e forse la più sensata di quante ne ha prodotte, nella quale fra l'altro disse. *Per potersi procedere regolarmente al ripartimento del cennato deposito, convien prima, ch' essi voluti Creditori esibiscano presso gli atti le copie legali de' rispettivi strumenti di credito, indi formarsi dallo Scrivano della causa una distinta relazione situando nel suo luogo, e grado il credito di ciascun Creditore, quale relazione notificata alle parti, e non essendovi ostacolo, si verrà alla liberazione del deposito, cui de jure spetta fol.* 436. La di lei petizione si trovò giusta; la relazione fu ordinata, lo Scrivano vi ha adempito; ma quì è rimasta la cosa senza che nè discussione si fosse fatta, nè altra orma almen mossa.

Or chi crederebbe, che mentre è ancora il danaro in deposito, mentre il concorso de' Creditori è cominciato, mentre si è soltanto fatta la relazione, e non ancora discussa, anzi neppur notificata, mentre in fine questi passi si son tutti dati ad istanza di D. Teresa, potesse ella persuadersi a lasciar quella strada, ed altra scabrosa, e fallacissima tentarne contra D. Giuseppe Monaco per la compra convenzionale del 1792.? Pur tanto ella fece nel 9. Gennajo di quest' anno. Presentò sua supplica, dove narrato l'istrumento, nel quale ella, ed il figlio intervennero, disse che forzati vi erano amendue condiscesi, ed inutilmente, da che nè per il di lei obbligo vi fu Regio Assenso, nè emancipazione per quello del suo figliuolo; aggiunse, che nella relazione de' Creditori già formata le si era dato il dodicesimo luogo, di tal che poco o nulla sperava ricavarne: Dopo il quale esposto passò a dire *Supplicantis interest judicium assistentiæ, assicurationis, & restitutionis dotium, ac antephati istituere contra dictum D. Josephum Monaco*: E con tal inviluppo inestricabile di giudizj difformi, conchiuse cercando la commessa della causa per isperimentar simili ragioni *fol.* 2. *Acta seq. pro D. Theresia Moja.*

Fu

Fu impartito termine, il quale poichè D. Giuseppe Monaco si oppose all' ingiusta azione, e lodò in autori li Fratelli Guida per la promessa evizione, fu ancora a questi due oggetti ampliato *fol.* 5. & 22. Alle scritture ha creduto l'Attrice aggiugnere anche una pruova testimoniale, e da quattro non so se amici, o parenti, ma certamente fallacissime persone ha fatto dire, che dopo il generale sequestro erano interamente a lei mancati gli alimenti, sicchè avea ella dovuto ricorrere alla pietà de' Congiunti, che tutto ciò per colpa, e causa di D. Giuseppe Monaco erale addivenuto *fol.* 29. *ad* 42. Pruova non meritevole d' alcuna fede, e per la meditazione dello stesso linguaggio da tutti ad un modo serbato, e più per la incoerenza di quanto va detto, dando a conto del Compratore d' un fondo quella miseria, che quando fosse vera, non avev' altra causa, che la mole de' debiti dal Marito, e dal Cognato contratti.

Tal è la storia di questa causa. Discendasi ora allo sviluppo de' due argomenti, che di sopra ho proposti in esclusione della domandata assistenza.

ARTICOLO I.

Non è il tempo da sperimentare la dedott'azione, e per non esser discussi li debitori, e per il pendente concorso sul danaro depositato.

DA che una estenzione dell'azion Serviana accordò a' Creditori 'l vantaggio di poter perseguitare presso di ogni qualunque possessore la cosa a'lor crediti ipotecata, fu per intrinseca condizione all'esercizio di tal dritto aggiunto, che dovesse prima coll'azion personale il debitore discutersi, e questo inutilmente operato, fosse lecito avviarsi contro degli estranei possessori. Generale in modo era tal regola reputata, che lo stesso Fisco, fra gl'infiniti suoi privilegj, non ne andava esentato: *Moschis quædam*, è il Giureconsulto Paolo, *Fisci debitrix ex conductione vectigalis, heredes habuerat, a quibus post aditam hereditatem Faria Scnilla, & alii prædia emerant: cum convenirentur propter Moschidis reliqua, & dicebant heredes Moschidis idoneos esse, & multos alios ex iisdem bonis emisse: æquum putavit Imperator prius heredes conveniri debere, in reliquum possessorem omnem, & ita pronunciavit* (1). Non differentemente l'Imperator Gordiano: *Non injusta ratione desideratis, repromissa Fisco indemnitate, eos priore loco conveniri, qui reliqua contraxerunt: mox ad vos perveniri, qui ab his quædam mercati estis* (2).

Così lodevol sistema, che *lex vetus* chiama l'ottimo Cujacio (3), cominciò a poco a poco ad andar in desuetudi-

(1) *L. 47. de jure Fisci.*
(2) *L. 1. C. de conven. Fisci debitor.*
(3) *Exposit. nov. 4. in principio.*

dine; in suo luogo fu introdotto che potesse a suo arbitrio il Creditore convenire o il reo principale, o le accessioni, o i possessori delle ipoteche dove non fosse altrimente pattuito, ed o tutti al solido, o con azioni divise, ed ancor di variar dopo scelto, e da uno passare ad altro (1). Sì ſtrana libertà non piacque a Giuſtiniano: riportando egli ad osservanza l'antica legislazione, oltre non permise, che fossero li possessori delle ipoteche inquietati, prima che altronde convenuto il debitore non apparisse possibiltà di soddisfazione: *Sed neque*, son le sue parole, *ad res debitorum, quæ ab aliis detinentur veniat prius, ante quam transeat viam super personalibus contra mandatores, & fidejussores, & sponsores, sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur, & detinentes eas conveniens; si neque inde habuerit satisfactionçm tunc veniat adversus res fidejussorum* (2). Da così chiara disposizione eſtrasse Irnerio l'autentica *Sed hodie C. de obl. & act. Sed hodie novo jure prius conveniendi sunt omnes fidejussores, & mandatores, & sponsores, quam ad pignorum perveniatur possessores.*

Secondo queſta nuova legislazione all'antichissima pienamente uniforme ed alla natural ragione corrispondente, non può il Creditore nello sperimento di suo dritto la seguente gradazione evitare. Con l'azion personale bisogna, ch'ei si dirigga contro del debitore: Non riuscendogli di venir soddisfatto, deve rivolgersi contro de' guaranti di qualsivoglia specie: E nemmen giovandogli tal seconda intrapresa, è in seguito al caso di avviarsi contro de' possessori delle ipoteche del suo debitore, indi contro di quelli de' guaranti. A queſto modo l'accurato Mattio Stefano la necessità di

(1) *L.* 14. *&* 24. *C. de pignor. l. ult. C. de obl. & act. l.* 23. 25. *& ult. C. de fidejussor. l.* 56. *ff. mandati.*

(2) *Nov.* 4. *cap.* 1.

queſt'ordine descrive. *Omnino itaque hic ordo observandus est a Justiniano præscriptus: Conveniendus est ipse reus principalis actione personali, vel ipsa res oppignorata, seu hypothecata, quam reus possidet: tunc enim in arbitrio eſt Creditoris vel in personam agere, vel in rem hypothecaria, sive quasi Serviana. Excusso jam reo principali præsente, nec solvendo reperto, tunc demum conveniendus eſt fidejussor. Post excussum etiam fidejussorem, tunc demum recte agit hypothecaria contra extraneos possessores rei a debitore obligatæ: atque ita hypothecaria actio magis est etiam subsidiaria, quam fidejussoria* (1). Non differentemente il Metodico Corrado Ritersuzio. Diſtingue egli tre casi; che si trovi cioè il pegno presso del debitore, che sia in potere del Creditore, e che fosse per alienazione in man di un terzo. Intorno l'ultimo, che veramente al noſtro caso appartiene: *Tertio casu*, dice, *idest quando pignus neque a debitore, neque a creditore possidetur, sed ab extraneo, & tertio aliquo, res cursum expedita est: non enim prius hypothecaria locum habebit, aut Creditori dabitur adversus extraneum pignoris possessorem, quam convento reo principali, & post eum fidejussore, a neutro suum consequi potuerit* (2). Tanto avev'antecedentemente notato il prode Otmanno: *Sin autem alius eam rem possideat, jure quidem antiquo eandem optionem habuit: Sed hodie per eandem novellam 4. constitutum est, ut prius reus principalis excutiatur, quam extraneus possessor actione hypothecaria conveniatur* (3).

Nè queſta certa teoria soffre alterazione da quello che Giuſtiniano ſtesso nella *Nov.* 112. venne ad ordinare. Trattando egli del vizio del litigioso, credè eccettuarne dagli

(1) *Ad d. nov. 4. n. 29.*

(2) *In exposit. Method. novel. part. 3. Cap. 2. n. 31.*

(3) *Epitome in lib. 20. Digestor. tit. 1. num. 8. in fin.*

dagli effetti le ipoteche: accordò egli a' debitori la facoltà di vendere la roba ipotecata soddisfacendo dal prezzo il Creditore, ed accordò a' Creditori la facoltà di vindicare il pegno, dove dalla sua distrazione non venisser pagati: *Ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus, & in his hanc distinctionem tenere; ut si quidem speciales res mobiles, vel immobiles aut se moventes nominatim fuerint hypothecæ suppositæ, liceat quidem debitori eas, cui, & quando voluerit vendere, sic tamen ut ex pretio earum usque ad debiti quantitatem satisfaciat Creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam Creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare donec ei satis pro debito fiat.*

Io so bene io, che ha dato tal novella materia a molte dispute: non è mancato chi avesse creduto attenere alla speciale ipoteca, siccome la quarta di sopra trascritta alla generale. Tale fu l'idea del per altro illustre Francesco Balduino: *Sane in nov.* 112., son sue parole, *statuit Justinianus, ut si rem nominatim, specialiterque pignori obligatam vendiderit debitor, nisi de pretio factum fuerit satis Creditori, eum posse statim, nec dum excusso Debitore, emptorem actione hypothecaria convenire, eique hoc judicio rem evincere* (1). Ma l'interpetrazione di tanto Valentuomo poggia interamente su del seguente falso supposto. *Id enim singulari jure tributum est speciali hypothecæ, ne jus Creditoris ex hujusmodi alienatione ullo modo fiat deterius*; quasicchè con una novella legge avesse voluto Giustiniano favorire i Creditori con ispeciale ipoteca, secondando il rivocato antico dritto, siccome altrove si spiega su tal proposito: *Sed Justinianus hac constitutione plusculum favere voluit speciali hypothecæ, ut hic saltem locum habeat, quod olim rescriptum est* (2). Tra li favori però della

(1) *In constitut. Justin.* 4.
(2) *In constitut.* 112.

speciale ipoteca nommai questo poteva essere scritto nelle antiche leggi, che intorno l'azione ipotecaria davano estese facoltà a' Creditori tanto nella scelta, che ancor nella variazione: Giustiniano in questa novella niente di particolare v' introduce: *Quamquam autem*, marca il Ritersuzio, *non sum nescius alioquin in jure longum esse discrimen inter specialem, & generalem hypothecam, quarum illa plus afficit rem, & magis stringit, quam hæc, tamen de eo valde dubito, an hæ duæ Novellæ ita sint accipiendæ, ut quarta quidem loquatur de generali, centesima duodecima vero de speciali hypotheca.*

Giovanni Fabro crede con molta ragione, che la novella 112. niente alteri lo stabilito nella novella 4. Cosicchè eccettuandosi dal vizio del litigio la cosa ipotecata, diasi facoltà al debitore di vendere il pegno, e soddisfare il suo debito; ma dove questo non facesse, potesse bene agire il Creditore contro del Compratore, sempre però serbato l'ordine disposto nella precedente Costituzione; la qual sua spiegazione dice uniforme a quanto ne avea giudicato Giacomo da Ravenna (1). Ugon Donello tanto benemerito della Ragion Civile vorrebbe attenere tal novella 112. al caso, che il Debitore vendesse il pegno contestata la lite contro di se (2). Ma il Corifeo degl' Interpetri le dà la seguente spiegazione: *Nec quidquam ei adversatur nov. 112. in cujus specie Creditor videtur agere hypothecaria prius quam personali, quod est aperte falsum. Egit namque prius personali lite pendente a debitore pignore vendito, deinde licet ei etiam cum emptore experiri hypothecaria* (3).

Riducendosi a scegliere fra questi due chiari lumi di Giurisprudenza, se piuttosto inteso avesse Giustiniano della cominciata lite contro del Debitore in forza dell' azion per-

(1) *In Breviario Cod. ad auth. Hoc si debitor C. de Pignor.*

(2) *Commentar. ad l. 14. C. de Pignor.*

(3) *Cujac. ad d. nov. 4.*

personale, o della cominciata lite nello sperimento dell' ipotecaria, io non trovo (quale delle due spiegazioni piaccia abbracciare) che la escussione del principal Debitore sia limitata, fuorchè in un sol caso, di aver egli pendente le liti, o per la consecuzione del credito, o per gli effetti dell' ipoteca, la cosa pignorata distratto: sicchè dove tal circostanza non si verifichi, l' ordine generalmente da questa prescritto nello sperimento dell' azione ipotecaria rimane sempre lo stesso.

Neppure il privilegio della dote fa eccezione alla generalità di questa regola: Anche prima della indicata novella nell' accordar Giustiniano alle donne la facoltà di ripetere i fondi, o crediti dotali viventi li mariti, ma a miseria ridotti, nel caso di doversi esse rivolgere contro de' possessori delle ipoteche, avea così disposto: *Sed etiam si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium, super iisdem hypothecis aliquam actionem SECUNDUM LEGUM DISTINCTIONEM moveat, non obesse ei matrimonium adhuc constitutum sancimus* (1). Questa distinzione, che qui l' Imperatore annuncia, è quella necessaria escussione, che per le leggi vetuste er' accordata, e che siccome il Fisco riguardava, dovev' assai meglio riguardar la dote, dipendendo amendue li privilegj dalla ipoteca legale. Così la glossa: *Item contra extraneos possessores rerum viri non agit, nisi prius viro excusso*: Anton Negusanzio, che nel trattato de' pegni, e delle ipoteche ha meritato tanta lode, è dell' avviso medesimo: *Ante jus authenticum erat introducta excussio in legali hypotheca etiam de jure Digestorum, & ideo etiam in dote in hypotheca tacita introducta per legem un. §. ut plenius C. de rei uxor. act. de jure Digestorum, & Codicis requirebatur excussio, ut probatur in l. 29. C. de jure dot. dum dicitur in textu SECUNDUM LEGUM DISTINCTIONEM, quæ verba secundum glossam debent intelligi facta discussione bonorum*

(1) *L. 29. C. de jure dot.*

mariti antequam agatur contra extraneos possessores pro dote, & sic ibi eſt casus, quod in dote ante d. Auth. hoc si debitor requirebatur excussio . . . . . unde remanet conclusio, quod etiam in dote requiritur excussio (1). Non dissimile è l'opinione di Andrea Gaillo: Ragionato a lungo della detta novella, e delle sue conseguenze a pro de' possessori delle ipoteche, soggigne ampliando: *Amplia hanc regulam; primo ut procedat etiam quoad possessores bonorum; nam Creditor contra tertium possessorem rerum hypothecatarum agere non poteſt actione hypothecaria, vel revocatoria debitore primo non excusso. Secundo amplia, ut procedat etiam quoad uxorem repetentem dotem, quia contra tertios possessores agere non poteſt, quamvis dos sit privilegiata, nisi prius excusso marito* (2).

Ma in Regno, mi si dirà, evvi la Prammatica unica *de Assiſtentia*, la quale espressamente quell' ordine dettato dalla ragion civile de' Romani interamente esclude. Io confesso, che la ordinanza di Re Alfonso del 1477. contenga veramente la non necessità dell' escussione del principal debitore: dico però, che l'ordinanza ſtessa nierte introdduca di nuovo, che per antiche leggi non fosse ſtabilito; e che non attenga tal particolarità allo sperimento dell' azione ipotecaria, si bene agli effetti del *coſtituto*, del *precario*, e soprattutto del patto *de capiendo*. Piaccia per assicurarsene leggere l'intera Prammatica. *Assiſtentiam, & appretium contra tertium possessorem pro executione instrumenti continentis obligationem bonorum, pactum de capiendo cum constitutione precarii, peti posse, & per judicem concedi absque aliqua bonorum discussione contra Principalem facta, aliis concurrentibus, quæ de jure necessaria sunt in assistentia, vel hypothecariæ causa declaramus.* Da queſte parole chiaro si scorge, che non la convenuta ipoteca, o quella dalle

(1) *Tract. de pignor. part. 8. membr. 1. n. 27.*
(2) *Observation. lib. 2. obs. 27. n. 5. & 6.*

le leggi accordata richiamino le conseguenze della persecuzione del pegno presso del terzo possessore senza prendersi cura della possibilità del Debitore; conciosiachè altrimenti darebbesi tal privilegio senz'alcuna soggiunta. Ma nell'ordinanza è richiesta la necessità d'un istrumento che il patto della soggezion de' beni contenga; è richiesto inoltre che in tale scritta si trovi il *costituto*, il *precario*, anche il patto *de capiendo*; son richieste in fine tutte le altre circostanze necessarie per legge ad intervenire, perchè sia tal patto anche contro di un estraneo profittevole, come per avventura la certezza del credito, la certezza del precedente dominio de' beni nel Debitore.

Or la forza del costituto, e del precario è tale, che il Debitore trasferendo la civil possessione delle cose obbligate nel suo Creditore, egli dichiara, seguitarle a possedere naturalmente in di lui nome, e tal possessione precariamente solo continuare: Così il Giureconsulto Florentino: *Pignus manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad Creditorem; potest tamen & precario, & pro conductore debitor re sua uti* (1). E quantunque egli sieno opposte queste due convenzioni, secondo che ottimamente riflette il Fabro (2), perciocchè per il *costituto* non ritiene il Debitore che la sola corporale possessione, ogni altra trasferendo nel Creditore, e per il *precario* ritiene il Debitore stesso oltre la corporale, la naturale ancora: nondimeno l'uso ha prevaluto, che di amendue i patti, sebbene contraddittorj, si faccia uso, prendendo il *precario*, secondo l'ottima distinzione del Bocero e del Gonzalez, nell'intelligenza di un permesso di possedere, il quale restringe il possesso al solo termine di corporale (3). Per il patto *de capiendo* si accorda

(1) *L.* 31. §. 1. *de pignorat. act.*
(2) *De Error. Pragm. decis.* 4. *error.* 10.
(3) *Classic. disput.* 9. *th.* 37. *Gonzales in lib.* 7. *decret. tit.* 14. *de precariis cap.* 3.

la facoltà al Creditore di entrar nel possesso della cosa obbligata: sicchè non ha egli bisogno, esistente la condizione del mancato pagamento, che di prendere il braccio del Giudice, affin di evitare ogni sospetto di violenza: *Creditores*, è la legge, *qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate Præsidis possessionem adipisci debent* (1).

Non tendendo l'assistenza, che ad avocar il possesso, il quale si trova presso di un terzo, dove sienvi que' patti, che in maniera la causa possessiva hanno avvinta, sicchè non ne abbia il debitore che la semplice corporale, quale i Dottori chiamano *Asinini*, non è egli naturalmente necessaria alcuna *escussione* su di altri beni: poichè non potendosi altrui più trasferire di quello, che ha colui, il quale trasferisce, il possessore estraneo non avendo potuto acquistare che tal miserabile specie di possesso, facilmente si avoca di sua mano, senza ricorrersi ad un beneficio straordinario, e sussidiario, qual è quello della persecuzione del pegno. Egualmente dove questi patti non vi sieno, andandosi incontro alle generali regole del dritto, non può per uno statuto Patrio da interpetrarsi strettamente, allontanarsi quel giusto ordine saggiamente introdotto, il quale non disturba le alienazioni seguite senza una precisa necessità.

Il nostro caso è appunto, che nell'istrumento de' capitoli matrimoniali questo patto non si trova, il quale fa tutto l'Achille della legge di Re Alfonso; e quindi senza entrare in altra disamina, io posso conchiudere, che non sen fa giusta eccezione alla tesi da me proposta.

Si dirà per altro, che inutile sia per comune avviso de' Scrittori ogni ricerca su li beni del debitore, dove questi sia in Patrimonio, com'è appunto il caso nostro. Ma questa rispsta fortifica di molto il mio assunto, ri-

(1) *L. 3. C. de pignor.*

richiamando l' attenzione ad un secondo riguardo del detto Patrio Statuto : Imperciocchè , secondo che si è veduto di sopra, ivi sono aggiunte le parole *aliis concurrentibus quæ de jure necessaria sunt*. Fra le cose che debbon concorrere, e che noverate saggiamente si veggono dal nostro de Rosa (1) , è quella della certezza del credito. Or fatto il concorso, non può oltre aversi tal certezza, che dal decreto di discussione, inventato appunto perchè della verità , e dell' anteriorità si giudichi in contrasto col Debitore, in competenza con gli altri Creditori. Più assai in questo caso, che si ripete la dote per vergenza a miseria del marito, fatto necessario di pruova, azione bisognosa di Sentenza. Intanto la relazione vi è, la discussione manca, il danaro è in deposito, il resto de' beni non è venduto. Se in queste circostanze venisse un Creditore a chieder liberazione, non potrebbe ottenerla: se venisse la nostr' attrice, le osterebbe un doppio ordine, e del concorso non sistemato, e del suo credito non sicuro. E si potrà dire, che possa ella di buona ragione agire contra un estraneo possessore, ammettendosi un mostro in dritto, che a chi sia il meno vietato, non sia meglio proibito il più? Ella medesima ha conosciuto questa gran verità contro degli altri Creditori, ed ha animato il concorso; può ora non volére, che contro di lei valga quanto ha fatto valere a danno degli altri, impedendo loro ogni pagamento finchè la discussione seguisse?

Ed è ben da marcare, che vi son beni non venduti, che non si ha scienza di altri beni de' debitori , che sequestro generale non è ordinato, che soprattutto sono in deposito ducati 7410. su li quali è accesa la pugna de' creditori, ed animatrice di tal pugna è colei medesima, la quale domanda l' assistenza. Non si è dunque nel caso di una notoria fallenza de' debitori: al contrario si è in circostanza di sicura esistenza di altri beni, e quello

(1) *Civil. decret. praxis cap.* 12. *n.* 97.

lo, che sopra ogn' altra cosa vale, si è al caso di disputa di preferenza col danaro in mezzo da liberarsi a chi vinca nella precedenza. Tali essendo le cose, e non sapendosi se l' Attrice potrà, o no esser soddisfatta, e mentre ella medesima non mostra dubitarne o per tutto, o almen per parte, può darsi luogo ad un giudizio di assistenza contro di un terzo, ed un terzo, che ha contrattato col di lei consentimento? Se il beneficio dell' ordine di sopra esposto generalmente non dovesse valere per la detta Prammatica, valer certamente deve in un caso, come il nostro è, che gran quantità di danaro alli debitori appartenente si trova depositato, che l' Attrice è quella che vi ha accesso la pugna del concorso, che questo concorso è nel suo principio, e che facilmente può ella esserne soddisfatta. Che se il di lei consentimento a scioglier d' ipoteca il precedente fondo venduto non fia giovevole (di che or ora si vedrà negativamente) e come almeno non sarà per giovare, affine di non farla insorgere contra il suo stesso contratto, piacchè sia chiaro, che altronde su li beni de' suoi veri debitori ridotti in moneta, ed in deposito, non sia possibile di tirar pagamento? A me pare niente altro convenire aggiugnere per la perfetta dimostrazione del primo de' miei assunti.

AR-

ARTICOLO II.

Non ha dritto D. Teresa Moja alla domandata assistenza.

IMpetrare *assistenza* su di un fondo non più in man del Debitore, è lo ſtesso, che perseguitare la cosa ipotecata ovunque, e presso chi si ritrovi (1). Perchè dunque tal giudizio proceda, egli necessita, che mostri l' Attore essere que' beni, sopra de' quali insiſte, al suo credito obbligati (2). Nè giova per avventura pruovare, che una volta lo furono: poichè per più modi l'ipoteca sciogliendosi, di che v' ha titoli espressi ne' Digeſti, e nel Codice (3), non basta che sia alcun tempo tal obbligazione esiſtita; si vuol ch' esiſta a quello, nel quale se ne sperimentano le conseguenze. Niuna differenza nell' esercizio di ogni azione s' incontra fra quello, che non abbiamo, e che una volta avuto, abbiam poi cessato d' avere; imperciocchè e nell' uno, e nell' altro modo alcun noſtro interesse non v' è per tirarne profitto.

Or avendosi per un pubblico iſtrumento, della cui verità, della cui lealtà non è contesa, che abbia D. Teresa Moja col consenso del marito, ed insiem con lui, come insiem con l' unico lor Figliuol maschio venduto il fondo, sul quale chiede assiſtenza, e quello dell' ipoteca a favor delle sue doti contratta, perfettamente, e con giuramento sciolto, qual azione può a lei reſtare contra un eſtraneo possessore, che legittimamente ha comprato, e che appunto ha comprato, perchè concorsa al contratto è la Moglie del Venditore, ed alla dotale soggezione ha ri-

(1) *Gait. de Cred. Cap. 4. quæsit. 7. a n. 706. Rovit. ad Pragm. 1. de assist. n. 12.*

(2) *Barbat. ad d. Pragm. glos. 5.*

(3) *Dig. tit. 6. lib. 20. Cod. lib. 8. tit. 26.*

rinunciato? Sciogliesi per dritto il pegno col consentimento espresso del Creditore (1), sciogliesi col presunto (2), sciogliesi per sua presenza alla vendita (3), sciogliesi in fine in qualunque modo possa credersene cessata la sommessione, *qua ratione*, spiegasi collettivamente Ulpiano, *obligatio ejus finita est* (4). E non sarà sciolto allora, che il Creditore stesso all'istrumento di vendita intervenga, e non solo estingua il suo dritto, ma quello al Compratore trasferisca, trasferendogli quel fondo che gli era d'ipoteca?

Oppone però D. Teresa, che l'intervento di lei insiem col Marito nella vendita del fondo in controversia, il consenso dato insiem col Figlio alla estinzione dell'ipoteca dotale, sieno atti perfettamente inutili, perchè non avvalorati da una decretazione precedente della Regal Camera di S. Chiara. Non nega ella dunque aver di unita col Marito venduto que' stabili, contro de' quali ora insorge, e rimesso insiem col Figlio quel pegno, che oggi perseguita; dice solo, che la santità delle convenzioni, la religione de' giuramenti sien cose da giuoco, quando non vadano accompagnate da una di quelle decretazioni, che senza conoscenza di causa si accordano dalla Regal Camera. Ma per poter riuscire in così strana intrapresa dovrebbe ella dimostrare l'assoluta necessità di una tal decretazione alla validità di qualunque obbligazione, che dalle donne, e specialmente Napoletane, si contraesse: la qual cosa non è nè vera, nè sostenibile.

Gran disputa fra' nostri Scrittori è agitata sul merito delle decretazioni del Collateral Consiglio, alle cui facoltà la Regal Camera di S. Chiara è succeduta: Giovan Francesco de Ponte fu di avviso, che tendendo tali decreta-

(1) *L.* 4. *Quibus mod. pignus vel hypot. solv.*
(2) *L.* 1. §. 1. *eod.*
(3) *L.* 6. & 8. *C. de remis. pign.*
(4) *L.* 6. *quib. mod. &c.*

tazioni, o a rivocare, o a dispensar le leggi, che dichiaran nulle le obbligazioni delle donne, non debbano mai credersi utili, dettate da un Magistrato, il quale nè ha, nè può avere il poter legislativo. Suppose in conseguenza che fosser quelle soltanto valevoli nel caso d'una intrinseca per legge dispensa al divieto di contrattare, ma condizionata a certe tali cause, la cui conoscenza fosse nell'arbitrio di sì alta Magistratura (1). Il Presidente de Franchis avea precedentemente l'opposto sostenuto, e ben egli rifletteva non esser da supporsi, che Uomini tanto gravi, quanto quelli che dal primo sorger della Prammatica *de Sen. Cons. Vellejan.* presederono nel Collaterale, avessero introdotto delle formole dispensative di nessun valore, ed assolutamente improfittevoli (2).

Non è il luogo da profondare una sì spinosa controversia, massime avendosi delle decisioni del S. C. non in ogni tempo costanti (3). Ma quando piaccia all'autorità cedere di tali decretazioni, certamente la loro necessità non può essere, che in due soli casi: il primo dovendosi dispensare alle leggi, che introdducono l'invalidità delle obbligazioni delle donne; il secondo dovendosi per decreto dichiarar vera, e giusta quella causa, alla cui esistenza, e giustizia permettono le leggi così fatte obbligazioni. Quanto al primo avverte Carlo Antonio de Rosa: *Et in hoc Regno mulierum obligationes pro aliis intercedentium validæ fiunt præcedente Regia dispensatione, quæ a Prorege, ejusque Collaterali Consilio impetratur. Hanc dispensationis praxim Dominus Regens de Ponte non laudat, de ea tamen testantur Dominus*

(1) *De potest. Proreg. tit.* 10. *n.* 11.

(2) *Decis.* 623. *n.* 29.

(3) *Videant. de Marin. variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 276. *Sanfelic. decis.* 133. *Thoro compend. decis. Neapolit. verbo* mulier, *& verbo* fidejubere *Gizzar. decis.* 4. *Marad. observat. ad Singul.* 377. *Montan. controv.* 76.

nus Regens de Marinis &c. ita ut de illa nullus dubitationi locus esse possit: (1) ed ecco il primo ufizio delle decretazioni tendenti a dispensare le leggi, o Civili, o Patrie, che alla fidejussione delle femmine, in conseguenza a tutt'i contratti, che in quella si risolvono, sono avverse. Per l'altro poi, che riguarda piuttosto l'osservanza delle leggi nell'esistenza delle condizioni, alle quali si abilitano le donne a contrattare, così il Napodano. *Sed cum requiratur causa necessaria, quæro an debeat interponi decretum? respondeo, quod sic, ex quo requiritur causa* (2): e su quest'autorità il P. Molfesio: *Dico tertio ad inquirendum an causa alienandi sit necessaria, debet decretum interponi ante ipsam alienationem, nam quotiescumque debet in aliquo negotio seu actu intervenire causa ad ejusdem actus validitatem, non solum causa debet proponi, & allegari justa, ac necessaria, sed etiam debet actu probari* (3).

All'in fuori di questi due casi non può mai dirsi bisognare alcuna decretazione della Regal Camera, perciocchè negli atti non vietati dalla legge sarebbe stranezza pretender dispensa, ed uguale stranezza sarebbe pretendere approvazione in quelli permessi senz'alcuna condizione. Dove la legge si rifiuta ad una specie di obbligazioni, com'è il caso del S. C. Vellejano, dove le ammette condizionatamente, come nella vendita, o ipoteca de'fondi dotali, occorre in quello la necessità di una dispensa, la necessità in questo di un'approvazione al concorso della causa esposta: ma nè proibizione avendosi di contrattare, nè licenza condizionata, mancando perfettamente l'oggetto delle decretazioni, non son quelle da desiderarsi in alcun modo. Così Anton di Alessandro annotò alla di sopra rapportata autorità del Napodano: *Per hanc dicunt aliqui, quod quando mulier vendit*

(1) *Civ. Decret. Prax. cap. 7. n. 79.*
(2) *In consuetud. Et si mulier n. 9.*
(3) *Commentar. ad consuet. Neap. Part. 9. quæst. 6. n. 24.*

dit bona dotalia, præsertim bona stabilia ut supra proxima consuetudine, quod requiratur Judicis decretum: sed adverte quod glossa ista loquitur alio casu, videlicet in casu istius consuetudinis, ut cesset contradictio filiorum, alias videtur secus, quia in causa ubi consuetudo non exigit causam, cessant jura, & rationes hic allegatæ (1).

Tal è il caso, intorno il quale ne aggiriamo: le nostre consuetudini distinguono fra il consenso, che dia la donna Napoletana alla vendita di un fondo del marito ipotecato alle di lei doti, dall' intervento di lei nel contratto di vendita del fondo medesimo. In amendue detti casi utilmente la donna si obbliga, ma nel primo non pregiudica, che al solo dritto di quarta (2): nel secondo rimette efficacemente il pegno, e per la dote, e per ogni lucro, ed accessione dotale, non restandole, che ad attendere su gli altri beni del marito, se per avventura ne abbia. *Sed si mulier una cum marito reperiatur per instrumentum aliquid vendidisse, vel quocumque alio titulo alienationis rem ipsius mariti immobilem in alium transtulisse, quantum ad rem illam in totum mulier ipsa excluditur, ut nec pro dote, nec pro quarta, nec pro jure hypothecarum possessionem ipsius rei impetere possit. Remanet tamen mulieri in aliis bonis viri jus suum salvum non obstante consensu* (3).

Per le leggi Romane tanto non era necessario; bastava che la donna consentisse alla rimessione del pegno, perchè ogni regresso le fosse poi denegato: *Jubemus*, è l' Imperatore Anastasio, *licere mulieribus, & pro uno contractu, vel certis contractibus, seu pro una, vel certis personis, seu rebus juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare, quodque ita gestum sit, auctorita-*

(1) *Apostil. ad consuetud. Et si mulier.*
(2) *Consuet. Si mulier de consensu mulieris.*
(3) *Consuet. Sed si mulier. d. tit.*

ritate noſtra firmum , illibatumque cuſtodiri (1) . La ſteſſa conseguenza aveasi convenendosi tal rimessione a pro del marito : *Etiam conſtante matrimonio jus hypothecarum , seu pignorum marito remitti posse , explorati juris eſt* (2) . E quantunque sembrasse aver Giuſtiniano altrimenti dispoſto (3) : nondimeno la sua coſtituzione al solo fondo dotale è riſtretta , non avendo luogo , nè dove si vendano beni del marito soggetti all' ipoteca dotale , nè al caso della dote eſtimata , siccome ei medesimo spiega in dichiarazione della sopra rapportata legge di Anaſtasio (4) .

Gl' introduttori delle Napoletane usanze non furon contenti del solo consenso della moglie alle contrattazioni del marito , per pregiudicare il di lei dritto intorno le doti : esigerono di più , che cioè ella ed il marito nell' alienazione intervenissero , giudicando più forza aversi dall' atto proprio , che dal consenso all' altrui : *Ratio hujus consuetudinis* , riflette il Napodano , *videtur esse , quia non simpliciter consensit mulier , sed alienat* (5) . E l' ottimo Carlo de Rosa : *In antecedenti dictum eſt , quod mulier consensiens viro alienanti , vel distrahenti bona sua , sibi non præjudicat in dote , sed solum in antephato : Sequitur ista consuetudo , & dicit , quod si mulier simul cum marito , rem aliquam ipsius mariti alienavit , quo ad illam rem alienatam in totum sibi præjudicat , scilicet tam pro dote , quam pro antephato , sed super aliis bonis viri remanet salvum jus ipsius mulieris* (6) .

Or quale dispensa dalla Regal Camera si può andar cercando , se non solo non è vietata la rimession del pegno , che faccia la donna nella vendita de' beni di suo ma-

(1) *L. 21. Cod. ad S. C. Vellejan.*
(2) *L. 11. eod.*
(3) *L. Un. C. de rei ux. act.*
(4) *D. l. §. 15. verbo licet enim ;*
(5) *Ad d. consuet. n. 36.*
(6) *Ad d. Cons. n. 3. & 4.*

marito, ma è dalle leggi autorizzata senz' alcuna condizione, senza bisogno che qualche causa la giustifichi? Contratto lecito, non proibito è la rimession dell' ipoteca dotale, contratto libero è ancora, e non soggetto a giustificazione; dunque assolutamente esclusivo della necessità o di una dispensa, o di un' approvazione.

Nè per avventura vuol dirsi, come alcuno ha sognato, che vaglia la rimession del pegno, dove sia la donna cautelata su di altri effetti del marito. Leggasi la consuetudine, e si troverà questo dubbio escluso dalle sue parole, abborrito dal suo sentimento. E' quivi disamina del pregiudizio, che potesse la donna avere dal di lei intervento al contratto di alienazione, per lo scioglimento dell' ipoteca; questo pregiudizio potea riguardare quel solo fondo, nella cui alienazione fosse intervenuta la donna; ma poteva ugualmente riguardare ogni avere del marito alle doti ipotecato. La consuetudine a rimuovere tal equivoca intelligenza conchiude, che il pregiudizio già detto quel solo fondo caduto in contrattazione avesse in veduta, e non altri. Nella celebre costituzione Anastasiana di sopra riferita, e che rammentata ancor fu da Giustiniano, poichè un certo chè simile rapporto le donne vien disposto, s'imagina l' equivoco stesso, e si risolve nello stesso modo, che nella indicata Consuetudine: *renunciatio ad illos contractus, & illas res seu personas, quibus consensum suum proprium accomodaverunt, vel accomodaverint coarctetur; nec aliis quibusdam contractibus, quibus minime mulieres consenserunt, vel consenserint, prætendentibus eam, opponendi licentia præbeatur* (1).

Da tale specificazione prende argomento l' ottimo Napodano a distinguere la forza del consenso della donna all' alienazione, che il Marito faccia di alcun suo fondo, da quella dell' intervento nell' alienazione medesima. Nella prima non trova il caso della Costituzione di Anastasio, poichè la don-

(1) *L. 21. C. ad S. C. Vellejan.*

donna non rimette il pegno; lo trova nel secondo, giacchè alienando col Marito scioglie implicitamente il corpo alienato d' ogn' ipoteca; quindi è, che nel primo tema contenuto nella Consuetudine *Si mulier* non sia la dote pregiudicata, perchè consentendo la donna alla vendita, senza rimettere il pegno, non contrae; in quello contenuto nel seguente articolo, o sia nella Consuetudine *Sed si mulier*, vien pregiudicata la dote, poichè la donna contrae, e contraendo perde ogni dritto sulla cosa, che ha chiaramente sciolta da qualunque ligame: *Per hoc*, sono le parole di Napodano, *videtur corrigi l. etiam, & l. jubemus C. ad S. C. Vellejan. ubi dicitur, quod licet mulieri renunciare juri hypothecarum in uno contractu, vel pluribus, in una persona, vel pluribus, ita tamen quod si generaliter renunciat, non trahitur, nisi ad contractum, seu rem, vel personam expressam. Sed certe hic non renunciavit juri hypothecarum* (egli scrive sulla prima consuetudine) *sed tantum consensit viro contrahenti, vel disponenti de re: unde dico prædictam legem jubemus non corrigi per hanc consuetud. quæ dicit, quod mulier contrahendo una cum viro præjudicat sibi in hypotheca, dote, & quarta. Sed cum renunciavit alicui juri, manifestum est, quod tunc contrahit, ergo præjudicat sibi, & hæc est veritas* (1). E qual ragione potrebbe allegarsi della differenza che fra l'uno, e l'altro ſtabilimento della detta Consuetudine si trova, se queſta coerente alla ragion civile de' Romani si rimanga? Anzi qual profitto si trarrebbe da tale ſtatuto, se per esser cauto il Compratore dovesse prevedere la sicurezza della donna su di altri effetti del suo marito? Non avrebbe allora che il beneficio dell' *escussione*, beneficio, che altronde ad ogni possessore dell' ipoteca è accordato, beneficio, che se fia quiſtionabile in Regno per la Prammatica unica *de assistentia*, non era

(2) *Ad Cons. Si mulier glos. quantum ad hypothecariam lit. E.*

era da porsi in contesa per il dritto Romano, secondo il quale sono dettate le due leggi *Etiam*, e *Jubemus*, che commenta Napodano, mostrandole uniformi alla seconda, ovver seconda parte di detta Consuetudine. Se la donna non cautelata su di altri effetti del marito potesse rivolgersi nuovamente a quelli col di lei intervento già innanzi alienati, qual pregiudizio potrebbe dirsi avere sulle sue doti, sicchè bisognasse una legge per assicurare il compratore? Il solo pregiudizio sarebbe nell' ordine: ma dell' ordine nè le leggi Romane, nè parlano le Consuetudini: esse trattano di azione ipotecaria, o personale, trattan dunque o dell'affezion della cosa ovunque si trovi, o dell' affezione stessa in man del marito, o de' di lui eredi. Dunque di altro pregiudizio relativo alla forza dell' ipoteca, o della stipulazione può aversi discorso, non di quel solo dell'ordine. Di fatto la nostra Consuetudine ha voci più precise della precedente, o sia della sua prima parte, *quantum ad rem illam in totum mulier ipsa excluditur*. Chi tutto dice, ogni cosa comprende; dove in tutto la donna sia esclusa, non può aver eccezione nell' esclusione. Ma soprattutto quest'eccezione non può aversi per effetto dell' ipoteca. Perciocchè tendendo giusto l' azione ipotecaria a rivocar la possessione di man dell'acquirente, questa rivoca è appunto proibita, *ut nec pro dote, nec pro quarta, nec pro jure hypothecarum, possessionem ipsius rei impetere possit*. Quali parole possono desiderarsi più precise, più chiare, più comprensive per escludere ogni speranza di regresso su quello, che una volta di ogni dovere si è sciolto?

V'ha chi ancor più strano cerchi mettere in mezzo l' Autentica *Sive a me ad S. C. Vell.* estratta dal Cap. 1. della nov. 61. per impedire i buoni effetti della rimession del pegno. Ma certamente senz' alcun criterio. Che può aver di comune la vendita di un fondo dotale, del quale ragiona l' Autentica, colla disobbligazione di un de' fondi del marito, di cui parlano le leggi 11. e 21. dello stesso titolo, e le nostre consuetudini? Il dominio,

e l'

e l'ipoteca son due cose differentissime, anzi talmente opposte, che di lor natura si escludono a vicenda. Chi ha dominio non ha ipoteca, chi ha questa non può certamente aver quello. E non è egli raro, che sia proibito poter vendere senza solennità il proprio fondo, e sia permesso consentire alla vendita dell'altrui, liberandolo dall'ipoteca. Di fatto non può vendersi il feudo senza Regio assenso; può rimettersene il pegno: Non può la donna alienare il feudo dato in dote; può rimettere la legale, e convenzionale ipoteca su di quello per le sue doti (1). Non può la donna per le nostre consuetudini alienare il fondo dotale non concorrendo talune cause, ed il negativo dissenso de' figliuoli (2); può intanto ben consentire alla vendita d'alcun fondo del marito, liberandolo dall'ipoteca delle sue doti senza veruna giustificazione, o consenso (4). Vana dunque è la confusione, che pensa farsi, tendente piuttosto a fraſtornar la buona ragione, che a ricavarne alcuna profittevole verità.

Sostegno alle cose dette è la costante autorità delle cose giudicate: non una ma infinite decisioni del gran Tribunale del S. C. potrebbero rapportarsi da' nostri Scrittori conservate: Scelgansi però fra molte una rapportata da Matteo degli Afflitti ne' termini appunto della consuetudine *sed si mulier*, che fa il sistema di questo ragionamento. Intervenuta la donna nell'alienazione di un fondo di suo marito ipotecato alle di lei doti, *modo evenit*, soggiugne detto Autore, *quod soluto matrimonio per mortem viri, superstite uxore, quæ videt virum non habere tantum in bonis quod sufficiat sibi ad recuperandas dotes suas contentas in instrumento dotali, vult agere contra illum tertium possessorem rei stabilis, quæ fuit sui mariti, an possit, quod renunciavit juri hypothecæ?* Rammenta in seguito l'indicata Autentica *sive a me*, da cui

(1) *Capyc. decis.* 156. *n.* 7.
(2) *Consuetud. Bona stabilia.*
(3) *Consuetud. Sed si mulier.*

cui ricava un secondo dubbio: *Quæritur utrum dispositio dictæ authenticæ habeat locum in Civitate Neapolis*: e rapportata al suo costume l'opinione affermativa, *in contrarium*, ripiglia, *videtur decidere Napodanum, qui dicit quod in Civitate Neapolis est consuetudo, quæ incipit* sed si mulier, *quæ vult &c.* Conchiude in fine: *Et ita fuit judicatum in S. C. contra uxorem unius de Domo de Balbis* (1).

Altra su questi principj ne abbiamo dal Presidente de Franchis lavorata su di una precedente ch'ei rammemora, *Cum hic casus accidisset in causa Hyeronimæ Tolosa quæ cesserat, & renunciaverat cum juramento in venditione facta per virum, unus ex Dominis magnopere dubitabat: nihilominus viso simili casu alias deciso in causa Camillæ Pappacodæ, quæ cesserat, & renunciaverat cum juramento, & vendiderat cum viro, & pretium penes virum pervenerat, & in subsidium agebat super bonis venditis, & quod conventi fuerunt absoluti, S. C. judicavit in favorem possessoris de mense Februarii 1576. & de hac decisione meminit Barbosa* (2).

So bene per altro, che si vadan mettendo in mezzo delle decisioni a queste contrarie, ma non certamente sono esse nel sentimento della seconda parte, o vogliamo dire della seconda Consuetudine sotto il titolo *de consensu mulieris*. Lo avvertisce il detto Afflitto nella decisione di sopra notata, dove in due diversi casi distingue le conseguenze della Consuetudine *Si mulier* da quella *Sed si mulier*: lo marca con infinita attenzione Gio: Luigi Ricci nelle sue annotazioni a tal decisione; si ricava egualmente dalle due decisioni del de Franchis. Vuol anche distinguersi fra quello, che sarebbe da fare in Regno, dove non han luogo le Consuetudini, e quello, che convien decidere in Napoli, dove le Consuetudini forman dritto. *Si mulier*, annota il Ricci, *renunciavit juri*

(1) *Decis.* 311.
(2) *Decis.* 84.

juri hypothecæ in re alienata per virum, etiam si nihil habet in bonis viri, ipsa excluditur in Civitate Neapolis, secus extra (1). Ed Orazio Visconte: *Verum decisio ista videtur habere locum, & procedere in Civitate Neapolis, & non extra* (2).

Flavio Amendola nelle sue annotazioni al decisionario del de Franchis introdduce un altro dubbio, che avea di già cennato Cesare Ursillo. Vorrebbe egli che la decisione recata dal de Franchis dovess' esser preventiva alla Prammatica *de S.C. Vellejano*, la quale, secondo lui, ha alterato questa parte di Giurisprudenza. Il suo errore dipende da un chiaro anacronismo. La Prammatica ha l'epoca del 1543. la decisione del de Franchis è del 1570., ch'è quanto dire l'è posteriore di 27. anni. Io per altro non saprei, come si potesse assumere uno sbaglio sì grosso, che la Prammatica distruggesse la Consuetudine. Altro è parlare ne' termini delle leggi Romane, altro in quelli delle Consuetudini: Vi ha delle Prammatiche che diversificano l'antico dritto de' Romani, ma alcuna non ve n' ha, che abbatta le Consuetudini: Io sfido ogni qualunque a convincermi in contrario. E come poi si rivoca una legge, una legge introdotta da antichissime usanze, autorizzate ancora dalla Suprema potestà da molti secoli? si rivoca senza enunciarla, senza nominarla neppure, e dirò anche senza niente introdurre in di lei torto?

La Prammatica del S. C. Vellejano non altera la ragion Civile de' Romani, che nella esclusione di talune eccezioni da questa ammesse. Il suo piano è conforme a quello dell'antico Senatusconsulto. Non si tratta che della sola fidejussione e di ogni altra contrattazione, che in fidejussione si risolva; li contratti principali non son nè proibiti, nè toccati almeno. Sol che il dritto Romano escludeva il beneficio del Senatusconsulto nella donna, che

(1) *Addit. ad decis.* 311. *Afflict.*
(2) *Addit. ad decis.* 84. *Præs. de Franch.*

che informata del suo merito vi rinunciasse, o che aggiugnesse alla promessa il giuramento; la Prammatica annulla tali eccezioni confondendole sotto la regola generale della legge.

Come portar la Prammatica tant' oltre, che facesse la rivoca della consuetudine? In questa non si stabilisce quel dritto convenzionale a causa della rinuncia al Vellejano, o del giuramento, ma per il consentimento all' alienazione della cosa ipotecata, o l' intervento nella stess' alienazione; atti, che furono creduti principali, e non di accessioni, giusta la spiega di sopra recata del Napodano. Varrà dunque il Senatusconsulto, e la restrizione della Prammatica in ogni caso, ed in ogni luogo; non varrà in Napoli Capitale, e nel caso del consenso, o intervento nell' alienazione, poiche dove una legge vetusta, e sempre osservata ha dato a tali atti l' intelligenza di principali, gli ha interamente esclusi dalle regole del Vellejano attenenti alle sole fidejussioni.

NElla nostra causa però vi è anche un' altra ragione per il Compratore. D. Teresa Moja non intervenne sola nella vendita, intervenne con lei anche l'unico suo Figliuol maschio D. Michelangiolo Guida. Or dico. La donna Napoletana può col consenso del Marito vendere il fondo dotale, purchè li Figliuoli del primo matrimonio non contraddicano, e purchè, contraddicendo ancora, sievi giusta causa da farlo (1). Ch'è quanto dire può la donna Napoletana col consenso del Marito, con quello de' Figliuoli vendere il fondo dotale, ed utilmente trasferirne il dominio. *Bona stabilia in dotem data potest mulier cum consensu viri sui alienare, & in alium transferre, nisi filii, vel filiæ prioris matrimonii contradicant &c.* E si metterà poi in dubbio se la donna stessa con-

con-

(1) *Consuetud. Bona stabilia, & Consuetud. Et si mulier.*

consenso del marito, con quello del Figliuolo possa utilmente far molto meno, cioè svincolare dall' ipoteca dotale un fondo non di lei, ma del marito? Se a chi è lecito il più, non può esser vietato il meno (1); meno essendo la liberazione di un fondo non proprio dal dritto del pegno, che la vendita del fondo proprio, (2) ripugna alla buona ragione il dire, che possa la donna Napoletana vendere il fondo dotale, e non consentire alla vendita del fondo del marito ipotecato alle sue doti.

Nè si può dire per avventura, che abbiasi tal permesso dalla donna per giusta causa da conoscersi; giacchè la giustizia della causa deve concorrere nel caso del dissenso: *Et si mulier justam, & necessariam causam habet vendendi, & alienandi, contradictio non tenet* (3). Dove dunque non vi è dissenso, non vi è necessità del concorso di giusta causa, e per conseguenza ogni conoscenza di essa è superflua: lo notò a questa consuetudine Anton Alessandro; *Adverte quod ista glossa loquitur in alio casu, videlicet in casu istius consuetudinis, ut cesset contradictio filiorum, alias videtur secus, quia in casu, ubi consuetudo non exigit causam, cessant jura.*

E quando piaccia parlare ancora di giusta causa, nessuna può aversene più giusta di quella, che diede motivo al contratto, ch' è in disamina. Si rammenti quanto si è di sopra detto nella Storia del fatto. Li fratelli Guida teneano sequestrato il fondo venduto poi convenzionalmente, e n' era prossima la vendita giudiziale. Li Creditori, che urtavano a ciò, erano de' più urgenti, e privilegiati, come Coeredi di colui, dal quale era quello provvenuto; molti altri premeano ancora, che per rappresentare mutui scaduti, aveano già le mani prossime sulla roba: In queste circostanze, di un concorso, di una rovina generale, se la Moglie, se il Figlio di un

(1) *L. 21. de reg. jur.*
(2) *L. 9. §. 1. de Pignor. & hypoth.*
(3) *Consuet. Et si mulier.*

un de' Venditori consentirono, lo fecero a ragion veduta, lo fecero per iscansare un male altrettanto inevitabile, che gravissimo, il quale portava il Marito, il Padre all'ultima rovina, anche al carcere. La nota sentenza di Paolo rende in man della donna commerciabile il fondo dotale *ut se, suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in insulam, ut in exilium relegato Parenti præstet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem, sororemque sustineat* (1). La nostra Consuetudine seconda queste veduta, e le ampia in ogni caso di una giusta, d'una necessaria causa. Napodano spiega tal giustizia, e necessità colle parole collettive, *ut nupta vivat*. Concordamente tutti gli Scrittori, e Stranieri, e del Regno adottano fra le cause l'esecuzione, il timor dell'esecuzione, anche la causa di onore (2). Dunque dove questi motivi si trovano, come nel nostro caso non può negarsi, che si trovavano, non si può dubitare del concorso di una causa quale esiggono le leggi per giugnersi fino all'alienazione del fondo dotale.

Per escludere le conseguenze della legge si è D. Teresa ardita negare l'istrumento preventivo di emancipazione di D. Michelangiolo. Era inutile sfuggita anche questo non esistendo; poichè rapporto le ragioni de' figli su le doti materne non ha nessuna forza la Paterna potestà: ma la fallace asserzione è stata smentita dal fatto, e non solo si ha lo strumento di emancipazione, ma costa per fede di detto D. Michelangiolo, ch'egli sia da più anni pubblico Notajo, ed appunto il Conservatore e l'Amministratore delle Scritture di quel Notajo, che stipulò lo stromento in contesa, e che avea stipolato presso che tutti

(1) *L. 73. de jnr. dot.*

(2) *Gratian. discept. Forens. cap. 108. n. 16. Thesaur. quæst. Forens 53. lib. 4. n. 5. Gait. de Cred. cap. 4. quæst. 7. n. 949. & 950. Montan. controv. 76. n. 5. Paschal. de virib. Patr. Potest. Part. 3. cap. 5. n. 13. & seqq.*

tutti li contratti de' debiti de' Fratelli Guida. Ed è da osservarsi sul proposito la falsità chiara dell' asserzione de' testimonj, che danno l'attrice per ridotta in miseria, ed obbligata a mendicar pane da' congiunti: costando, che il Marito sia Notajo, che Notajo sia il Figliuolo, può aver bisogno una famiglia sì ristretta, dove tutti guadagnano? può dover ricorrere a' Congiunti chi ha il Marito, chi ha il Figlio esercitanti professioni lucrose?

Si oppone per altro, che le leggi abborriscano di rimaner le femmine indotate. Io ne convengo, e convengo ancora, che la troppa premura di far valere tali leggi ha tratto i nostri Scrittori in gravi sbagli allontanandoli dalla prima, e più sicura legge, che impone l'osservanza delle promesse. Ma questo ribobolo forense di essere spediente al bene pubblico la persistenza delle doti nelle femmine, deve soggiacere a quell'eccezioni che altre leggi hanno introdotte. Or se le costumanze Napoletane, che pur son leggi, han dichiarata valida la rimessione del pegno dotale, e la vendita del fondo dotale non dissentendo li Figliuoli, che va dicendosi di regole generali annientate dall'eccezione?

Si vuole osservare ancora, che il beneficio del Senatusconsulto Vellejano riguardando e per le Romane leggi, e per le Patrie il solo contratto di fidejussione, o altri, che in questo si risolvessero, contiene sempre l'intrinseca eccezione del fatto della donna o chiaramente diretto a far vantaggio, o che si risolva in vantaggio, che abbia ella pensato fare. In una legge di Alessandro esclusiva di tal beneficio si allega per ragione, *quoniam quodammodo suum negotium egisse videtur* (1). E Giustiniano grande ampliatore di questo femminile soccorso stabilì chiaramente. *Sancimus mulierem si intercesserit, sive ab initio, sive postea aliquid accipiens ut se se interponat, omnimodo teneri, & non posse Senatus*

(1) *L. 6. C. de S. C. Vell.*